

University of Groningen

Annotatie bij ABRvS 9 juni 2004 (Onmiddellijkheidsmaatregel vereist lik op stuk)

Brouwer, J.G.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brouwer, J. G., (2006). *Annotatie bij ABRvS 9 juni 2004 (Onmiddellijkheidsmaatregel vereist lik op stuk)*

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

9 juni 2004

(Mrs. Van den Brink, Offers en Van Kreveld)

Nr. 200307859/1

m.nt. J.G. Brouwer

Gemeentewet art. 174 lid 2

Samenvatting: Onmiddellijke handhaving openbare orde, veiligheid en gezondheid. De rechtbank heeft terecht geconstateerd dat ten tijde van het tot stand brengen van het primaire besluit geen sprake was van een situatie die tot onverwijld ingrijpen ter bescherming van de veiligheid en gezondheid noopte. In dit besluit is uitsluitend verwezen naar de gebeurtenissen die zich hadden voorgedaan op 7 april en 30 april 2001, gebeurtenissen die blijkens de daarop gevolgde reactie van appellant, vervat in diens schrijven van 3 mei 2001, hem geen aanleiding gaven tot onverwijld ingrijpen doch slechts om het voornemen kenbaar te maken om bij herhaalde overtreding tot sluiting over te gaan. Vast staat dat zich ten tijde van het tot stand brengen van het besluit van 4 mei 2001 nog geen nieuwe overtreding had voorgedaan.

De burgemeester van Castricum, appellant, tegen de uitspraak van de Rb. Alkmaar van 16 oktober 2003 in het geding tussen:

wederpartij gevestigd te X

en

appellant.

1. Procesverloop

Bij besluit van 4 mei 2001 heeft appellant aan wederpartij medegedeeld dat het café, gelegen aan de locatie te X (het café), voor een periode van twee dagen zal worden verzegeld met het doel dat, naast de bewoner van het pand, geen horecabezoekers kunnen worden toegelaten. In de begeleidende brief van 4 mei 2001 is aan wederpartij medegedeeld dat het café op zaterdag 5 mei 2001 om ongeveer 10.00 uur zal worden verzegeld voor een periode van twee dagen en dat appellant de tenuitvoerlegging van bestuursdwang kan voorkomen door vrijwillig het café te sluiten.

Bij besluit van 5 juli 2002 heeft appellant het daartegen door wederpartij gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 16 oktober 2003, verzonden op dezelfde dag, heeft de Rb. Alkmaar (de rechtbank) het daartegen door wederpartij ingestelde beroep gegrond verklaard, de beslissing op bezwaar vernietigd en bepaald dat appellant een nieuw besluit neemt, met inachtneming van hetgeen is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen, red.).

Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 26 november 2003, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 9 december 2003. Deze brieven zijn aangehecht (niet opgenomen, red.).

Bij brief van 3 februari 2004 heeft wederpartij van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 3 mei 2004, waar appellant, vertegenwoordigd door A.B. Visser, ambtenaar der gemeente, en wederpartij, vertegenwoordigd door mr. R.G.J. Laan, advocaat te Hoorn, en, administratief medewerker bij wederpartij, zijn verschenen. Tevens zijn aan de zijde van appellant H.A. Hobo en mr. C.J.D. Waal verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge art. 174 lid 1 Gemw is de burgemeester belast met het toezicht op de openbare samenkomsten en gemakkelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven.

Ingevolge art. 174 lid 2 Gemw is de burgemeester bevoegd bij de uitoefening van het toezicht, bedoeld in het eerste lid, de bevelen te geven die met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid nodig zijn.

Ingevolge art. 174 lid 3 Gemw is de burgemeester belast met de uitvoering van verordeningen voorzover deze betrekking hebben op het in het eerste lid bedoelde toezicht.

2.2. Het besluit dat in deze procedure ter beoordeling staat, is gebaseerd op art. 174 lid 2 Gemw. In het primaire besluit is weliswaar alleen verwezen naar genoemd artikel in het algemeen, maar uit de verdere inhoud moet worden opgemaakt dat het op het tweede lid daarvan is gebaseerd. Een dergelijk besluit kan worden genomen indien in een concreet geval onverwijld moet worden ingegrepen ter bescherming van de veiligheid en gezondheid.

2.3. Appellant heeft naar aanleiding van een overtreding van het aan de ontheffing van het sluitingsuur verbonden garderobevoorschrift op 7 april 2001 en een overtreding van het sluitingsuur op 30 april 2001 wederpartij op 3 mei 2001 in kennis gesteld van zijn voornemen om tot sluiting over te gaan vanaf het moment waarop zou worden geconstateerd dat die voorschriften opnieuw niet werden nageleefd. Vervolgens heeft appellant op 4 mei 2001 het bedoelde bevel gegeven. Aan de hand van dit bevel is later diezelfde dag, te weten na 23.00 uur door de politie aan wederpartij medegedeeld dat zijn café op 5 mei 2001 om ongeveer 10.00 uur zou worden verzegeld.

2.4. De rechtbank heeft terecht geconstateerd dat ten tijde van het tot stand brengen van het primaire besluit geen sprake was van een situatie die tot onverwijld ingrijpen ter bescherming van de veiligheid en gezondheid noopte. In dit besluit is uitsluitend verwezen naar de gebeurtenissen die zich hadden voorgedaan op 7 april en 30 april 2001, gebeurtenissen die blijkens de daarop gevolgde reactie van appellant, vervat in diens schrijven van 3 mei 2001, hem geen aanleiding gaven tot onverwijld ingrijpen doch slechts om het voornemen kenbaar te maken om bij herhaalde overtreding tot sluiting over te gaan. Vast staat dat zich ten tijde van het tot stand brengen van het besluit van 4 mei 2001 nog geen nieuwe overtreding had voorgedaan.

De Afdeling acht het, gelet op het karakter van de hier in geding zijnde "zwarte" bevelsbevoegdheid, ook onaanvaardbaar dat appellant op 4 mei 2001 reeds op voorhand een sluitingsbevel heeft uitgevaardigd dat door de politie naar believen gebruikt kon worden indien zich een nieuwe overtreding zou voordoen.

2.5. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het hoger beroep ongegrond is en dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State;

recht doende:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Annotatie

1. In deze zaak deelt de burgemeester van Castricum op 4 mei 2001 aan de eigenaar van café 't Gemeentehuys mee dat zijn inrichting gedurende het weekeinde van 5 en 6 mei 2001 twee dagen verzegeld zal worden, maar dat hij de tenuitvoerlegging van bestuursdwang kan voorkomen door vrijwillig het café te sluiten. Het besluit van de

burgemeester is een reactie op een overtreding vijf dagen eerder van het aan de ontheffing van het sluitingsuur verbonden garderobevoorschrift en een eerdere overtreding van het sluitingsuur begin april.

2. De eerste vraag die hier speelt is op basis van welk wettelijk voorschrift de burgemeester hier wenste over te gaan tot sluiting. Er wordt in het besluit namelijk gesproken van bestuursdwang en verzegeling, er wordt echter ook gerefereerd aan de bevoegdheid van art. 174, lid 2 Gemw. Het lijkt er derhalve op dat de burgemeester een bevel krachtens art. 174 lid 2 met behulp van bestuursdwang probeert te handhaven. Handhaving van een dergelijk bevel door middel van bestuursdwang komt weliswaar nooit voor - altijd wordt de strafrechtelijke weg bewandeld, niet-naleving van zo'n bevel levert krachtens art. 184 Sr een strafbaar feit op -, het kan echter wel. Dat moeten we afleiden uit een uitspraak van 24 april 2001 (AB 2002, 70 (m.nt. F.R. Vermeer) (Fumigation)). Bestuursrechtelijke handhaving kan grote voordelen hebben, omdat dan de accessoire dwangmiddelen van Afdeling 5.3 Awb van toepassing zijn en kostenverhaal mogelijk is. Het wettelijke voorschrift in de zin van art. 5:21 Awb dat de burgemeester door feitelijk handelen wenst te handhaven is dan het besluit krachtens art. 174 lid 2 Gemw. Dat besluit dient vanzelfsprekend te zijn bekendgemaakt, maar uit de Fumigation zaak bleek opschriftstelling niet noodzakelijk. Niettemin lijkt in de onderhavige zaak duidelijk dat de burgemeester van Castricum slechts één besluit nam. Voor de handliggende conclusie van de Afdeling is daarom dat hier om het bevel krachtens art. 174 lid 2 Gemw zelf gaat.

3. Toepassing van art. 174 lid 2 en dan met name de feitelijke handhaving van een op basis van deze bepaling genomen besluit door de politie, vertoont veel gelijkenis met bestuursdwang in de zin van art. 5:21 Awb. De wetgever wilde echter niet dat de burgemeester verplicht zou zijn om met een schriftelijk besluit tot toepassing van bestuursdwang te werken in gevallen waarin de handhaving van de openbare orde geen uitstel duldt. Om die reden bepaalt art. 5:23 Awb dat de bepalingen van Afdeling 5.3 Awb niet van toepassing zijn op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, lees de toepassing van de bevoegdheden van art. 172-176a Gemw. Die verklaring in de wetgeschiedenis is overigens niet erg bevredigend, omdat het besluit tot toepassing van bestuursdwang in geval van spoed op grond van art. 5:24 Awb lid 6 evenmin tevoren op schrift gesteld behoeft te worden. Veeleer is het probleem dat in een situatie als bedoeld in art. 174 Gemw niet altijd duidelijk is welk wettelijk voorschrift gehandhaafd wordt.

4. Van oudsher is de burgemeester belast met het toezicht op de voor het publiek openstaande gebouwen. Art. 221 Gemw (oud) sprak nog van "De politie over schouwburgen, herbergen en alle voor het publiek openstaande gebouwen", maar aangezien schouwburgen en herbergen ook voor het publiek openstaande gebouwen zijn, kon de wetgever in 1994 in het nieuwe art. 174 Gemw volstaan met "voor publiek openstaande gebouwen en bijbehorende erven". Het gaat om een tamelijk ingrijpende bevoegdheid. De Afdeling stelt daarom terecht dat de aard van een dergelijke bevoegdheid zich verzet tegen een beschikkingsmandaat (vgl. Vz. ARRS, 31 juli 1989, AB 1990, 315).

Aan de toezichtstaak van art. 221 ontleende de burgemeester in de jurisprudentie sporadisch een bevelsbevoegdheid. In 1994 codificeerde de wetgever deze bevoegdheid in het tweede lid van art. 174 Gemw. De bevoegdheid vormt het complement van de handhaving van de openbare orde waarop de bevoegdheden van art. 172 Gemw betrekking hebben. Deze bevoegdheid is echter specifiek, het gaat om de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de burger in incidentele

gevallen op bepaalde plaatsen, aldus de memorie van toelichting (Kamerstukken II 19 403, nr. 3, p. 148).

5. Onder welke voorwaarden kan de burgemeester de bevelsbevoegdheid van art. 174 lid 2 Gemw inzetten? Er moet ten eerste sprake zijn van een concrete, zich direct aandienende, de veiligheid of de gezondheid bedreigende situatie (Kamerstukken II 19 403, nr. 10, p. 92-93). Dat is een andere situatie dan die als bedoeld in art. 175, 176 en 176a Gemw in geval van de noodbevoegdheden: (ernstige vrees voor) oproerige beweging of andere ernstige wanordelijkheden, dan wel een ramp of zwaar ongeval. Deze bevoegdheid kan worden toegepast onder gewone omstandigheden. Er worden echter wel zodanige eisen aan de situatie gesteld dat het overtreden van het sluitingsuur zonder bijkomende omstandigheden de inzet van de bevelsbevoegdheid van art. 174 niet rechtvaardigt. En dat geldt bijvoorbeeld ook voor de situatie waarin in een café verkoop van softdrugs plaatsvindt (Pres. Rb. Utrecht, 2 augustus 1995, 95/2491 ongepubliceerd).

De tweede eis die gesteld wordt aan de inzet van de bevoegdheid is dat het bevel een onverwijlde reactie is op de hiervoor beschreven situatie. Dat ligt voor de hand, het gaat om een bevoegdheid in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Dit betreft de handhaving die zo urgent is dat uitstel van ingrijpen niet geduld wordt en daarom is opgedragen aan één persoon: de burgemeester. De consequentie daarvan is niet alleen dat het momentum van inzet van de bevoegdheid kort is, maar ook dat bevelen van langere duur zich niet laten verenigen met de aard van de bevoegdheid. De duur van een bevel dient direct gerelateerd te zijn aan het bestaan van het dreigende gevaar voor de gezondheid of de veiligheid. Is dat een structureel bestaand gevaar, dan dient van een bevoegdheid te worden gebruik gemaakt die niet ligt binnen de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, met andere woorden een bevoegdheid die is ingebed in een lokale democratische procedure. De Afdeling is wat dit laatste punt betreft niet altijd consequent geweest. Pas toen de Hoge Raad hiertoe een aanzet gaf (HR 23 april 1996, NJ 1996, 514), stelde de Afdeling paal en perk aan de structurele inzet van art. 175 Gemw door de burgemeester van Amsterdam (ABRvS 19 december 1996, AB 1997, 79 (m.nt. FM)).

6. In het onderhavige geval had de burgemeester op grond van de plaatselijke verordening op moeten treden. Om competentiegeschillen te voorkomen legt art. 174 lid 3 expliciet vast dat de burgemeester degene is die de verordeningen uitvoert die betrekking hebben op het in het eerste lid bedoelde toezicht. Systematisch was het beter geweest deze uitvoeringsbevoegdheid van het derde lid vóór de onmiddellijke openbare orde bevoegdheid van lid 2 te zetten. Dat zou duidelijker maken dat het in het geval van de bevelsbevoegdheid slechts om een aanvullende bevoegdheid gaat. J.G.Brouwer